

La procédure de jugement interdit ce concept

Après que le Procureur du Roi eut déposé ses conclusions écrites "*absolument nécessaires pour pouvoir juger définitivement l'accusé*" (¹⁷⁹), les juges se décidaient sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Cette seule alternative montrait qu'il n'existait aucune place pour le doute bien que la doctrine exposât cette notion (Paragraphe 1). Néanmoins l'accusé, dont la culpabilité n'était pas juridiquement rapportée par la *probatio plena*, pouvait se voir condamné sur le seul bénéfice du doute (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Une doctrine qui refuse l'incertitude.

Les traités de Droit criminel, publiés durant la deuxième moitié du XVIII^{ème} siècle, vont décrire avec précision les obligations qui s'imposent au juge pour "*bien juger*". Se trouve ainsi évoquée l'idée qu'il ne pourra pas se décider s'il subsiste une incertitude. La réponse donnée, montre que ce sentiment reste sans conséquence sur la validité des poursuites engagées (A), mais surtout que le droit à l'innocence n'existe pas (B).

A) La place du doute chez les criminalistes

L'instruction étant terminée il était enjoint aux Procureurs du Roi ou fiscaux, selon l'article 3 du Titre XXIV de l'Ordonnance criminelle de 1670, de prendre des conclusions écrites (¹⁸⁰) décidant du sort procédural de l'affaire, c'est-à-dire, soit de la condamnation de l'accusé, soit de son absolution. Ils pouvaient également décider de ne pas statuer définitivement en sollicitant des juges qu'ils rendent un jugement interlocutoire (¹⁸¹). Les requêtes,

¹⁷⁹ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Vol 2, Partie III, Livre II, Titre XXIV, section première, n^o2, p. 511.

¹⁸⁰ "*Ils donneront leurs conclusions par écrits & cachetées, sans expliquer les raisons pour sur lesquelles elles seront fondées*",

¹⁸¹ Comme le définit Claude-Joseph de FERRIERE, il s'agit "*d'un jugement préparatoire qui ne décide point le fond de la contestation ; mais qui ordonne qu'il sera fait quelques chose pour l'instruction de la contestation, & pour parvenir à la connoissance de quelques faits, ou à*

déposées par la partie civile ou l'accusé (¹⁸²) étaient alors examinés par les juges (¹⁸³). Par la suite, l'instruction réalisée par l'un des juges au siège (¹⁸⁴) faisait l'objet d'un rapport, lu par ce dernier aux autres juges, et dont on ne pouvait nier l'importance car il constituait la seule analyse de l'affaire (¹⁸⁵). On procédait ensuite à l'interrogatoire de l'accusé.

Disposant enfin de l'ensemble des éléments réunis sur l'affaire criminelle qui leur était soumise, ils statuaient sur la culpabilité ou l'innocence de celui-ci. La décision prise en chambre du conseil, n'avait pour seul objet que de mettre "*fin au procès, en prononçant au fond sur la question principale, par l'absolution, ou la condamnation de l'accusé*"(¹⁸⁶) ; ou les juges ne

l'examen & à la preuve de quelque point de droit", Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de Coutumes et de Pratique avec les juridictions de France, Tome 2, verbo Interlocutoire, p. 56.

¹⁸² *Pourront néanmoins les parties présenter leurs requêtes, et y attacher les pièces que bon leur semblera, dont sera baillé copie à l'accusé ; [...] et pourra l'accusé y répondre par requête, qui sera aussi signifiée et baillé copie, comme aussi des pièces qui y seront attachées...*, article 3 du Titre XXIII de l'Ordonnance de 1670.

¹⁸³ *"Dans les procès qui se jugent à la charge de l'appel par les juges royaux, ou par ceux des seigneurs, dans lesquels il y a des conclusions à peine afflictive, il faut pour les juger, au moins les juges trois juges, qui doivent être officiers [...]. A l'égard des jugements en dernier ressort, ils doivent être rendus par sept juges au moins..."*, JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section I, Article premier, n° 12, p. 524 et n° 14, p. 525.

¹⁸⁴ L'Ordonnance criminelle n'a pas réglé ce point et, généralement, l'usage voulait que le juge rapporteur soit celui qui avait procédé aux actes d'instruction. François SERPILLON précise en effet, au *Recueil général des prérogatives des droits des Lieutenans criminels* annexé à son *Code criminel*, que "*les juges criminels sont rapporteurs de tous les procès non prévôtaux*", *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, p.647, n°5. Cf LAINGUI (André) LEBIGRE (Arlette), *Histoire du droit pénal*, Vol II, la Procédure criminelle, p. 100, CARBASSE (Jean Marie), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, p.182, BLOIS (Stéphanie), *La défense dans le procès pénal de l'Ancien Régime : Etude de la pratique Angevine*, Thèse Droit , Paris, 2002, p.233 et sqq., et qui cite une procédure de la Sénéchaussée de BAUGE ayant comme Conseiller rapporteur le juge instructeur chargé du dossier.

¹⁸⁵ François SERPILLON souligne qu'"*un Président ou un Lieutenant Chef de juridiction qui recueille les suffrages des autres Officiers, a le choix d'opiner le premier ou le dernier lorsqu'il n'est pas Rapporteur ; mais lorsque c'est lui qui fait rapport du procès, il est forcé d'opiner le premier ; c'est l'usage inviolable de tous les Tribunaux, parce que le Rapporteur est présumé mieux instruit des faits du procès que les autres Officiers*", *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, p.299, n°7.

¹⁸⁶ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section première, n°3, p.520.

disposaient pas d'une preuve parfaite ⁽¹⁸⁷⁾ au vu des pièces versées dans le sac de procédure et ils renvoyaient l'accusé des fins de la poursuite, dans le cas contraire, ils condamnaient.

Néanmoins, ce truisme procédural n'était pas observé. Comme le souligne Daniel JOUSSE, il faut "*chercher tout ce qui peut établir l'innocence de l'accusé. En effet, toute la rigueur est contre l'accusé, pendant l'instruction du procès ; mais quand il s'agit de le condamner, il est du devoir des juges de chercher avec soin à découvrir son innocence*"⁽¹⁸⁸⁾. A suivre le conseiller au Présidial d'Orléans, les juges doivent, non seulement adopter une conduite équilibrée et prudente dans l'examen des pièces réunies dans le sac de procédure ⁽¹⁸⁹⁾, mais aussi juger à charge et à décharge. Pour autant, une atténuation de la rigueur durant la phase d'instruction, ne constitue nullement la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Il est toujours rappelé aux juges qu'il ne faut "*rien négliger de tout ce qui peut établir la preuve du crime, et la conviction de cet accusé ; ce qui est une suite du devoir où ils sont de punir les crimes, et ceux qui en sont coupables*"⁽¹⁹⁰⁾. La condamnation demeure un but à atteindre.

On relève donc ici toute l'antinomie de ces recommandations doctrinales qui n'incitent pas le juge à envisager d'autre solution que de condamner. Ils occultent un droit à l'innocence parce que leur réflexion s'opère dans des schémas ordonnancés dont ils ne peuvent sortir. Prouver la culpabilité de l'accusé demeure une obligation dont ils ne peuvent s'éloigner. La recherche de la vérité judiciaire reste étrangère à leur préoccupation. Ils ne peuvent

¹⁸⁷ Daniel JOUSSE rappelle que dans ses *règles particulières pour l'examen de la preuve* : "*La quatrième règle nécessaire au juge, est qu'il doit rendre son jugement, suivant les preuves qui sont au procès ; ce qui s'appelle juger secundum allegata et probata*", *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, section V, Paragraphe II, n°145, p.581.

¹⁸⁸ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article premier, n° 127, p. 574.

¹⁸⁹ François SERPILLON confirme cette position en indiquant que "*les juges en fait de preuves doivent être timides & pencher pour la douceur [...]; ils doivent se dépouiller de toute prévention*", *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Tome II, p. 323.

¹⁹⁰ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Volume 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article premier, n° 130, p. 575.

concevoir que l'accusé puisse fictivement être considéré jusqu'au jugement, comme n'ayant pas commis le crime pour lequel il est poursuivi.

Néanmoins, l'idée d'une présomption d'innocence fait pourtant son apparition sous la plume de Daniel JOUSSE. Celui-ci expose dans son *Traité sur la Justice criminelle*, et plus précisément dans une partie consacrée aux *Sentence Jugemens & Arrêts*, que, "*quoiqu'il soit également contre le bien de la justice de condamner un innocent, & d'absoudre un coupable, on ne peut douter néanmoins qu'il y a toujours moins de danger à absoudre qu'à condamner ; 1^o. parce que la présomption est toujours pour l'innocence*"⁽¹⁹¹⁾. Pour autant, ces développements ne constituent pas les prémices d'un principe organisant le procès pénal car ils sont évoqués lors du prononcé de la peine. Sur ce point, il rappelle que le juge ne peut se départir d'une nécessaire retenue puisque "*la clémence est principalement ce qui rend le juge recommandable [...]; car un juge trop sévère est non-seulement punissable devant Dieu, mais encore devant les hommes*"⁽¹⁹²⁾. Ce qui apparaît comme une présomption pour l'innocence se définit plutôt comme la possibilité pour le juge, suivant le devoir moral qui le guide, de faire preuve d'une certaine modération dans la peine infligée à l'accusé ⁽¹⁹³⁾.

Pour Daniel JOUSSE, cette présomption d'innocence, ne constitue pas la mise en application d'une fiction où l'accusé est tenu pour innocent jusqu'à sa condamnation, et qui intègre également le doute dans le processus décisionnel, facteur essentiel d'une décision d'absolution. Comme il le souligne, "*dans les faits douteux il faut toujours incliner du côté le plus doux [...]. Plus les crimes sont graves, & plus ils sont éloignés de l'idée de l'humanité ; ainsi on doit d'autant moins les présumer ; & par conséquent il est nécessaire d'avoir des preuves*

¹⁹¹ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Volume 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article premier, n° 130, p. 575.

¹⁹² JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Volume 2, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section V, article VI, n° 274, p. 640.

¹⁹³ "*les juges doivent, sur-tout, examiner scrupuleusement, & peser avec beaucoup d'attention toutes les circonstances qui vont à la décharge & à l'adoucissement des peines que mérite un accusé*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV Section 1, article VI, n° 275, p. 641.

évidentes "(194). En décidant ainsi, le juge fait ici application de ce qui constitue les circonstances atténuantes. Pour le Conseiller au Présidial d'Orléans celui-ci peut condamner, à une peine moindre, l'accusé qui n'est pas entièrement convaincu par une *preuve pleine et entière*. Il ne s'agit pas d'absoudre parce qu'il y a un doute, mais d'adapter la peine au fait criminel qui se trouve imparfaitement prouvé.

Pierre François MUYART de VOUGLANS évoque également cette problématique du doute lorsque le juge prend sa décision. En rappelant en effet que "*les obligations qui concernent les dispositions intérieures du juge, lui sont prescrites également par les loix divines et humaines*"(195), celui-ci précise qu'"*elles consistent principalement [...]. 3. A régler son jugement sur les preuves qui lui sont administrées, & non sur ce qui est de sa connoissance particulière, suivant la maxime que nous avons déjà citée : judex debet judicare escundum allegata & probata*"(196), mais également "5. A pencher dans le doute en faveur de l'absolution, plutôt que de la condamnation de l'accusé suivant cette belle maxime de l'Empereur Trajan : "*satius est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*"(197). La encore, la lecture de ces quelques lignes ne signifie pas pour autant l'évocation d'un droit à une innocence présumée dont bénéficierait à l'accusé puisqu'elle ne se rapporte pas au droit de la preuve.

L'avocat au Parlement de Paris le confirme dans un autre de ses ouvrages en écrivant que "*dans les cas absolument douteux, le juge doit incliner pour la*

¹⁹⁴ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV Section 1, article VI, n° 276, p. 641.

¹⁹⁵ MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre I, Chapitre I, Paragraphe II, p. 257.

¹⁹⁶ MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre I, Chapitre I, Paragraphe II, p.257.

¹⁹⁷ MUYART de VOUGLANS, (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.257.

clémence, par la raison comme nous l'avons dit que l'on doit toujours pencher en faveur de l'innocence de l'accusé"(¹⁹⁸). Procédant à l'identique de Daniel JOUSSE, celui-ci renvoie donc à cette analyse qui énonce que le doute constitue une atténuation des circonstances du fait criminel et non une des articulations d'un mécanisme général qui, dispensant l'accusé de rapporter la preuve de son innocence, lui fait bénéficier de l'absence d'une preuve parfaite. L'évocation du doute modifie la grille de lecture du fait criminel. Il ne s'agit pas de renvoyer l'accusé des fins de la poursuite, mais simplement d'atténuer les rigueurs d'une peine qui ne peut être légalement prononcée parce que la *preuve pleine et entière* n'est pas réunie.

Face à une volonté réelle de réprimer le fait criminel, le mécanisme de la présomption d'innocence ne peut s'appréhender dans son acception moderne. Pierre François MUYART de VOUGLANS le confirme quand il précise que, si l'accusé "*doit être renvoyé sur le seul défaut de preuves de la part de son accusateur : cependant il faut convenir que ce privilège qui est fondé sur l'axiome de droit actore non probante reus absolvitur n'a pas la même étendue parmi nous que chez les romains où tout le monde pouvoit accuser. Comme nous n'avons proprement qu'un seul accusateur, qui est la partie publique & qu'il arrive souvent que plusieurs délits demeureraient impunis par le défaut d'accusateur, on a cru pouvoir établir pour maxime que l'accusé ne pouvoit être entièrement déchargé qu'en justifiant son innocence d'une manière juridique"*(¹⁹⁹). Les poursuites engagées à la seule initiative du ministère public interdisent donc de considérer l'accusé comme un innocent supposé.

Pour ce dernier, la prédominance d'une politique pénale répressive impose à l'accusé de démontrer son innocence. Elle interdit au juge de lui faire bénéficier de ses incertitudes personnelles rencontrées lors de l'examen du

¹⁹⁸ MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, p. 818.

¹⁹⁹ MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.48

dossier. L'accusé, pour s'opposer à l'action intentée contre lui doit activement réagir. Il lui est en effet possible de déposer des requêtes pour faire constater l'irrégularité de la procédure et en obtenir son annulation, ou alors, en excipant de faits justificatifs (²⁰⁰), démontrer son absence de participation aux faits poursuivis, voire même l'excuser. Il ne bénéficie aucunement de ce trouble positif qui pourrait entraver la décision de condamnation. Le droit à l'innocence est donc étouffé.

L'intérêt présenté par ces développements, outre qu'ils sont l'œuvre de criminalistes reconnus, consiste dans leur ambiguïté rédactionnelle. Ces auteurs mettent en évidence la difficulté pour le juge d'être, lorsqu'il doit se décider, d'être confronté à des sentiments intérieurs qui l'amèneraient à ne pas condamner. En décrivant ainsi avec précision les règles qu'un juge doit suivre pour statuer sur la culpabilité de l'accusé, la doctrine examine, certes le sentiment du doute, mais paraît devoir le circonscrire au temps procédural du jugement. La réponse ainsi apportée sur cette question consiste dans une recommandation morale où la douceur de la peine doit l'emporter sur la sévérité parce que cette démarche se trouve conforme aux desseins de la volonté divine. Il ne s'agit nullement de la description d'un principe procédural fixe encadrant la marche du procès pénal et assurant à l'accusé le bénéfice d'une accusation incertaine.

Les criminalistes ne cherchent qu'à préciser ce qui doit animer le juge quand il prend sa décision, mais non à décrire un enchaînement procédural qui permette de conduire à une absence de culpabilité. En effet, le bénéfice du doute, mécanisme qui participe de la présomption d'innocence, favorise l'accusé. Il le dispense d'intervenir dans le procès pénal, voire de concourir à la recherche de la vérité, laissant à l'accusation ou à la partie civile de démontrer la culpabilité de celui qui est soupçonné, et justifiant dans ces conditions, quand ces derniers n'y parviennent pas, de prononcer une

²⁰⁰ Comme le définit Daniel JOUSSE, *"On entend par faits justificatifs, tous les faits qui peuvent servir à prouver la fausseté de l'accusation intentée contre celui qui est poursuivi criminellement ; ou à justifier son innocence ; ou à rendre son crime excusable"*, *Traité de la Justice criminelle de France*, Vol I, Partie III, livre I, Titre II, Chapitre premier, p. 615.

absolution. Or, à considérer les développements de Pierre François MUYART de VOUGLANS puis de Daniel JOUSSE, il nous faut constater que ces lignes s'inscrivent dans une tradition doctrinale qui marque un réel attachement au système de la preuve légale.

La difficulté que rencontrent les juges pour parvenir à une *preuve pleine et entière* trouve son épilogue dans des réponses doctrinales médianes qui permettent de s'affranchir des règles rigoureuses impérativement fixées. Il n'est pas concevable qu'un accusé puisse être regardé comme innocent jusqu'au jugement, c'est à dire comme n'ayant pas commis le crime pour lequel il est poursuivi, tout au plus lui accorde t-on le bénéfice d'une bonté supposée ⁽²⁰¹⁾. Se trouve ainsi rappelé de façon indirecte, mais permanente, le principe que la justice criminelle doit être rendue avec célérité ⁽²⁰²⁾, et ce parce qu'elle prévaut sur toutes les autres matières ⁽²⁰³⁾. Le doute ne peut avoir aucune incidence sur la consistance même de la preuve pénale. Il ne constitue qu'un moyen pour tempérer la rigueur du châtement, le juge doit se décider rapidement, mais sans excès ⁽²⁰⁴⁾. L'évocation ambiguë d'une présomption d'innocence demeure en réalité sans véritable conséquence sur le sort de l'accusé, mais aussi sans effet sur la marche du procès pénal.

²⁰¹ " *Comme en général le mal ne se présume point, et que suivant les préceptes de la religion chrétienne il n'est pas permis de juger témérairement les actions de son prochain, les actions civiles et canoniques s'accordent à lui être favorable*", MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p.48.

²⁰² " *D'un autre côté il importe pour le bien de la justice et pour la sûreté publique que les crimes ne demeurent point impuni, et d'en empêcher le progrès par la terreur des châtements, ces mêmes lois ont voulu qu'on ne négligeât rien pour s'en assurer la preuve*" MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, p. 48.

²⁰³ " *Enjoignons à nos juges, même à nos cours de travailler à l'expédition des affaires criminelles par préférence à toutes autres* ", Ordonnance de 1670, Titre XXV, Article I.

²⁰⁴ Daniel JOUSSE confirme ce point en poursuivant sa description sur le comportement personnel que doit suivre le juge puisqu'il écrit que " *la sixième règle est que dans les faits douteux il faut toujours incliner du côté le plus doux*", *Traité de la Justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Article VI, n°276, p. 641.

B) Une présomption d'innocence partiellement évoquée mais sans conséquence juridique.

Les nombreuses explications doctrinales publiées sur le mécanisme de la preuve pénale décrivent avec précision l'ensemble des indices, présomptions et autres éléments matériels auxquels le juge recourait, et qui lui permettait, suivant une démonstration logique de démontrer la culpabilité de l'accusé. Comme se trouvaient décrites les conditions dans lesquelles la *preuve pleine et entière* était rapportée, il ne pouvait exister de situations intermédiaires qui bénéficient à l'accusé lorsque celles-ci n'avaient pas été effectivement réunies. On ne pouvait admettre de consacrer, par un mécanisme intellectuel, que l'accusé soit définitivement libéré de toute accusation ou parce que le juge doutait de sa culpabilité.

Cette situation fut cependant abordée par la doctrine, et plus spécifiquement dans des ouvrages didactiques ou des publications spécialisées de cette fin du XVIII^{ème} siècle destinés à apporter, aux professionnels, des réponses ou des définitions précises sur toutes les questions de droit. Fallait-considérer que l'accusé disposât d'un autre statut procédural différent, plus précisément pouvait-on concevoir que ce dernier bénéficie d'un droit à l'innocence tant qu'il n'avait pas été statué définitivement sur son sort. Les *Répertoires de jurisprudence* et autres *Dictionnaires de droit* qui, comme le souligne Claude Joseph de FERRIERE ⁽²⁰⁵⁾, contiennent "*non seulement les définitions de tous les termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique, mais aussi des recherches curieuses sur l'étymologie de ces termes*"⁽²⁰⁶⁾, en apportant une réponse, certes elliptique, constitue une grille de lecture précise sur le rapport que le juge entretient entre la preuve et la culpabilité, mais aussi entre l'innocence et le doute. Ces ouvrages

²⁰⁵ FERRIERE (Claude Joseph de), (1680-1748), fils de Claude de FERRIERE, devenu professeur en 1703, il occupe pendant quarante quatre ans une chaire à Paris et sera Doyen régent de la faculté de droit de Paris pendant vingt-huit ans. Avocat au Parlement. Il reprend et augment les ouvrages de son père, notamment une *Introduction à la pratique* qui devient un *dictionnaire du droit* en 1740, et auquel BOUCHER d'ARGIS devait apporter des articles additionnels.

²⁰⁶ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome Premier, Avertissement.

assurent, au demeurant, un viatique indispensable et rassurant pour les professionnels du droit (²⁰⁷), car ils fixent, non sans précision, la solution que le juge doit prendre quand il ne dispose pas d'une preuve parfaite. Ils démontrent l'inexistence d'un droit à l'innocence.

Les articles consacrés, non seulement à la preuve pénale, mais aussi à la démarche que le juge doit adopter pour pouvoir condamner, se situent dans une stricte orthodoxie puisqu'ils rappellent de façon constante que la preuve doit être *pleine et entière*. Ils font le constat que l'impossibilité pour y parvenir ouvre un nouveau champ de réflexion, puisque le juge se trouve dans l'obligation de décider alors qu'il existe une incertitude. Celui-ci est confronté à une alternative qui est de supposer, c'est à dire de poser comme hypothèse de réflexion que l'accusé demeure innocent dès le début de la procédure et donc de l'absoudre en cas de preuve incomplète, ou de constater la réalité d'indices importants qui certes, ne constituant pas une preuve complète, l'amènent néanmoins à condamner parce qu'il est simplement convaincu de sa culpabilité.

Claude Joseph de FERRIERE dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* montre ainsi que ce qui constitue un glissement vers l'intime conviction, et qui bénéficie à l'accusé parce qu'elle lui évite une condamnation capitale, se fait au détriment de la vérité judiciaire. Il s'agit d'une atteinte effective à la présomption d'innocence. Au mot "*conviction*" qu'il définit comme étant "*la preuve de la vérité d'un fait, ou d'un point de doctrine qui a été*

²⁰⁷ "Ce dictionnaire est donc comme la clef du droit & de la pratique, l'ordre dans lequel les matières y sont rangées, donne la facilité de trouver sur le champ le point dont on veut être éclairci ; ensorte que c'est un des premiers livres que doivent avoir ceux qui se consacrent à l'étude de la jurisprudence, & qui sont employés dans l'administration de la justice, & un des livres auxquels ils doivent avoir recours le plus souvent", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome Premier, Avertissement. Pour Nicolas GUYOT, ces ouvrages constituent "comme une sorte de bibliothèque de jurisprudence, ou les juges de tous les tribunaux trouveront avec facilités des règles sûres pour les diriger dans les fonctions épineuses de la magistrature ; ou les défenseurs des citoyens puiseront des moyens pour faire triompher la justice et l'innocence", *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes ; publié et mis en ordre par Mr G***, Ecuyer, ancien Magistrat*. Paris, 1775, Tome 1, p. xij-xiiij.

controversé"⁽²⁰⁸⁾, il précise, qu'elle doit être "*évidente, pleine et entière, pour que celui qui est accusé en quelque crime, soit condamné à la peine que la loi prononce contre le coupable de ce crime*"⁽²⁰⁹⁾. Les termes utilisés pour qualifier l'attitude du juge dans la dernière phase du procès pénal, sont identiques à ceux employés pour qualifier la preuve légale. Il est donc manifeste que le juge, même dans l'analyse personnelle des indices et des moyens de preuve qu'il entreprend, ne doit pas s'en détacher. Ne disposant d'aucune liberté d'appréciation, celui-ci n'a d'autre objectif que de réunir l'ensemble des éléments qui construiront une *preuve pleine et entière* seule susceptible de permettre une condamnation. Preuve et conviction étant ainsi confondues, elles ne peuvent conduire à l'émergence d'un droit à l'innocence qui impliquerait nécessairement de se détacher des règles rappelées immuablement par la doctrine.

Poursuivant son développement, et considérant qu'une accusation puisse se construire sur de simples présomptions, il reconnaît cependant que la condamnation résultera du seul raisonnement des juges, construit en fonction des indices recueillis. Fondée sur la seule conviction, Claude Joseph de FERRIERE relève toutefois l'ombre d'une possible erreur judiciaire ⁽²¹⁰⁾. Mais, ce questionnement demeure vain puisque l'auteur poursuit son développement en précisant qu'"*il est de l'intérêt public que les crimes ne demeurent pas impunis, quand il y a contre un accusé des preuves qui ne sont pas suffisantes pour le condamner à la peine que la loi prononce contre le coupable du crime dont il est accusé, le juge doit faire ce que nous avons dit,*

²⁰⁸ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

²⁰⁹ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

²¹⁰ "*Ne doit-on pas plutôt, sur une possibilité présumer l'innocence que le crime ? Autrement quelle innocence seroit à l'abri, si on lui faisoit son procès sur des conjectures ?*", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

lettre P, en parlant de la preuve pleine et entière en matière criminelle"⁽²¹¹⁾, c'est à dire la possibilité, comme il le précise, de "*condamner l'accusé à quelque peine suivant les circonstances, mais ordinairement à une peine moindre que celle qui est prononcée par la loi contre ceux qui sont pleinement convaincus*"⁽²¹²⁾. La doctrine concrétise le sentiment que les praticiens avaient de ne pas vouloir renvoyer des fins de la poursuite un accusé dont ils étaient persuadés de la culpabilité, bien qu'ils n'en n'aient pas légalement recueilli la preuve.

Cette négation d'un droit à l'innocence se retrouve également chez un autre auteur, Jean Baptiste DENISART ⁽²¹³⁾. Dans sa *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* ⁽²¹⁴⁾, ouvrage exposant aussi, par ordre alphabétique, des solutions et des réponses pratiques aux questions de droit posées par les praticiens, cet auteur fait également référence à la situation procédurale de l'accusé durant l'instruction et le procès. Il écrit ainsi au mot *présomption* que, "*l'accusé est présumé coupable pendant le cours de la procédure & pendant l'instruction qui se fait contre lui ; mais cette présomption cesse à l'instant du jugement : alors il doit être présumé innocent ; & c'est dans ce point de vue*

²¹¹ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo conviction, p.378.

²¹² FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de Droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, verbo preuve pleine et entière en matière criminelle, vol 2, p.377.

²¹³ Jean Baptiste DENISART, né à Iron (Aisne) en 1712, meurt à Paris le 4 février 1765. Jurisconsulte, Procureur au Châtelet de Paris, il entreprend la rédaction d'une *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* publiée pur la première fois entre 1754 et 1756 (6 vol) puis complétée successivement en 1757 (2 vol), 1763-1764 (3 vol), 1768, 1771 (4 vol) mais dont le défaut était, comme le précise la *Biographie universelle, ancienne et moderne* ",de faciliter aux plus ignorants la connaissance d'une science, dont il ne leur donne cependant que des idées incomplètes ou décousues", MICHAUD (Louis Gabriel) *Biographie universelle, ancienne et moderne : ou histoire, par ordre alphabétique, de la vie publique et privé de tous les hommes qui se sont faits remarquer par leurs écrits, leurs actions, leurs talents, leurs vertus ou leurs crimes*, 1811-1862, vol 11, p. 89. Postérieurement à son décès, cet ouvrage, toutefois incomplet, fut réédité pour les neuf premiers volumes par MM CAMUS et BAYART entre 1783 et 1790, puis pour les cinq derniers par M. CALENGE, la dernière édition datant de 1808.

²¹⁴ Nous nous sommes référés à la sixième édition publiée en 1768.

d'innocence qu'il faut examiner les preuves"⁽²¹⁵⁾. On passe ici, en fonction du temps procédural qui rythme le procès pénal, d'une présomption de culpabilité à une présomption d'innocence. Cette alternance dans la situation procédurale de l'accusé ne peut s'expliquer que par le fait que l'on cherche, sans doute, à atténuer les rigueurs de l'instruction où le juge n'avait d'autre but que de rechercher la vérité des faits, c'est-à-dire réunir tous les éléments de preuve. Au contraire, les juges, réunis en chambre du conseil pour statuer sur les éléments réunis dans le sac de procédure, devaient faire preuve de tempérance et d'équanimité en neutralisant leur regard sur l'accusé. Jean Baptiste DENISART lui retire toute efficacité, mais surtout ne perçoit pas la finalité de ce qu'il énonce comme un principe.

Conçu initialement par Joseph Nicolas GUYOT ⁽²¹⁶⁾ et continué ultérieurement par Philippe Antoine MERLIN de DOUAI ⁽²¹⁷⁾, le *Répertoire*

²¹⁵ DENISART (Jean Baptiste), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1768, sixième édition, Vol 3, verbo présomption, p. 185, n° 8.

²¹⁶ Joseph Nicolas GUYOT, il naquit à Saint-Dié le 2 décembre 1728 et mourut le 7 mars 1816 à Paris. Destiné à la carrière des armes, il est pourvu d'une lieutenance, dès l'âge de 16 ans, sert dans l'infanterie et participe à la guerre de succession d'Autriche. Son unité dissoute, au lendemain de la paix de 1748, il étudie le droit à l'Université de Pont-à-Mousson et devient, comme son père, Avocat à la Cour souveraine de Lorraine et de Barrois le 16 décembre 1748. En 1759, il devient Conseiller au Bailliage de Bruyères le 10 juin 1757, fonction qu'il quitte en 1768 pour s'installer à Paris où il travaille au *Grand Vocabulaire français*, avant de prendre part à la rédaction de l'*Encyclopédie méthodique*, consacrée au droit et dirigée par Charles Joseph PANCKOUCKE. Elu juge au Tribunal de cassation le 3 janvier 1795, il dut démissionner de ses fonctions 9 mois plus tard puisque la loi du 3 brumaire an IV interdisait aux enfants d'émigrés d'occuper des postes publics. Sa renommée se fera avec le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G***, écuyer, ancien magistrat* publié en 81 volume in 8° dont 17 de suppléments. MERLIN rachètera par la suite le Répertoire dont il publiera une troisième édition en 1807, une quatrième en 1812-1826, un cinquième en 1827-1828.

²¹⁷ Philippe Antoine MERLIN, né à Arleux (Nord) le 30 octobre 1754, il décède à Paris le 25 décembre 1938. Inscrit avocat au tableau du Parlement de Flandres le 21 juillet 1775, il fut reçu avocat au Parlement de Paris le 12 juin 1777. Sollicité comme d'autres juristes comme DE SEZE, LANJUINAIS, GARAT, TREILHARD, il participe à la rédaction du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence en matière civile, criminelle, canonique et bénéficiale* publié par Joseph Nicolas GUYOT. Elu député du Tiers Etat de Douai le 4 avril 1789, membre de trois comités, Vérification, Féodal et Aliénation des Domaines nationaux, il devient, le 4 septembre 1791, président d'un tribunal d'arrondissement de Paris et président du tribunal criminel du Nord à Douai. Député en 1792 à la Convention nationale, il votera pour la mort du roi. Nommé le 13 janvier 1793 commissaire en Belgique puis le 30 avril commissaire près l'armée des côtes de Brest, il revint à Paris en août de la même année où il s'enferme au Comité de législation. Il participera ainsi aux discussions relatives à la création d'un Tribunal révolutionnaire et sur la loi des suspects,

universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale (²¹⁸), s'en fait également l'écho l'ouvrage dans un article consacré au mot *doute*. Son auteur, François DAREAU (²¹⁹), en rappelant à titre liminaire que c'est "*la position la plus embarrassante pour le juge*"(²²⁰), définit ce terme (²²¹) comme celui "*qui naît d'une infinité d'idées opposées entre elles sur des questions problématiques*"(²²²). Posant le problème de cette situation où le juge ne peut se déterminer en l'absence de certitude, il énonce

et sera membre du Comité de salut public du 15 fructidor an II (1^{er} septembre 1794) au 15 nivôse an III (4 janvier 1795) puis du 15 pluviôse an III (3 février 1795) au 15 prairial de la même année (3 juin 1795) et enfin du 15 thermidor an III (2 août 1795), et ce, jusqu'à la fin de la Convention. Devenu sous le directoire, ministre de la police générale, le 12 brumaire an IV (13 novembre 1795), puis ministre de la justice le 14 germinal an IV (3 avril 1795), il entre, après le coup d'état de floréal, au directoire exécutif dont il démissionne le 18 juin 1799. Nommé, le 19 germinal an VIII (9 avril 1800), substitut du commissaire du gouvernement près le Tribunal de cassation, il devient Procureur Général impérial le 28 floréal an XII (18 mai 1804) puis par décret du 15 août 1809, comte d'empire. Exilé comme régicide en 1815, il rentre en France en 1832 et devient membre de l'institut. Pour plus de précision sur la biographie de *Merlin de Douai*, nous renvoyons à l'ouvrage d'Hervé LEUWERS, *Un juriste en politique Merlin de Douai (1754-1838)*.

²¹⁸ Comme le souligne Joseph Nicolas GUYOT, il s'agit d'"*une sorte de bibliothèque de jurisprudence, où les juges de tous les tribunaux trouveront avec facilité des règles sûres pour les diriger dans les fonctions épineuses de la magistrature ; où les défenseurs des citoyens puiseront des moyens pour faire triompher la justice et l'innocence*", *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G***, écuyer, ancien magistrat*, Paris, 1775, p. xiiij.

²¹⁹ François DAREAU, il naît à Sainte-Feyre (Creuse) le 21 mars 1736 et meurt à une date indéterminée mais avant 1784. Avocat au Présidial de Guéret et au Parlement de Paris, homme de lettres, il fait partie de la Société littéraire de Clermont-Ferrand. Il est aussi l'auteur d'un traité des injures qui sera publié à Paris en 1775. Sa contribution au dictionnaire est importante puisqu'il écrira 313 articles qui se retrouvent, à l'exception d'un seul, dans les sept premiers volumes. Intéressé aux questions les plus diverses, il écrit de nombreux articles sur l'Eglise, la jurisprudence bénéficiale, les ordres religieux, le droit pénal la procédure criminelle, la procédure civile, l'organisation judiciaire, l'état des personnes, les régimes matrimoniaux. Pour plus de précision nous renvoyons à l'article de Charles-Antoine CARDOT, *Regards sur le droit en France au temps de Louis XVI : le " Répertoire universel et raisonné de jurisprudence "(1776-1785)*, *Annales de la faculté de droit et de science politique*, 1974, fascicule 11, plus précisément p. 231 et sqq.

²²⁰ GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G****, verbo *Doute*, Volume 21, p.213.

²²¹ Cet article sera intégralement repris par MERLIN dans son *Répertoire Universel de jurisprudence* avec cette mention que les principes développés n'ont plus cours depuis l'adoption du Code d'Instruction Criminelle.

²²² GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G****, p.213.

ainsi, en quelques lignes que *"le sort de l'accusé ne peut jamais être douteux, parce que, dans l'incertitude de savoir s'il est coupable ou non, on doit le présumer innocent. C'est une maxime publiée par tous les jurisconsultes, qu'il vaut mieux absoudre un coupable, que de condamner un innocent"* ⁽²²³⁾. Cependant, si le terme même est ici exprimé, il ne préfigure aucunement son acception moderne.

Poursuivant son raisonnement, le collaborateur de cet ouvrage savant montre que l'absence de certitude juridique ne constitue nullement un obstacle à une condamnation car *"malgré qu'il ne soit pas évident que l'accusé est l'auteur du délit qu'on lui impute, il peut se présenter contre lui des soupçons si violens, qu'en même temps qu'on craint de le condamner, on craint aussi de l'absoudre"* ⁽²²⁴⁾. Les juges s'autorisent donc à ne pas absoudre parce que les circonstances les y autorisent ⁽²²⁵⁾ mais aussi parce qu'*"un accusé sans être parfaitement coupable peut n'être pas entièrement innocent"* ⁽²²⁶⁾. L'impératif de répression induit la réponse procédurale du juge qui, bien qu'éloigné du mécanisme de la preuve légale, ignore le droit à l'innocence simplement parce que le soupçon l'emporte. Cette évocation d'une situation juridique que l'on voudrait plus favorable pour l'accusé, mais sans conséquence sur l'issue du procès pénal, se trouve curieusement évoquée en droit civil, et plus

²²³ GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G****, p.213.

²²⁴ GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G****, verbo Doute, Volume 21, p.213.

²²⁵ *"Ils peuvent apercevoir en lui une conduite fort déréglée ; il peut être très répréhensible de s'être comporté de telle ou telle manière dans telle ou telle circonstance ; tous les indices réunis peuvent marquer que, s'il n'a point commis le crime, il a du moins marché dans les voies qui y conduisent"*, GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G****, verbo Doute, Volume 21, p. 213.

²²⁶ GUYOT (Joseph Nicolas), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs jurisconsultes, publié et mis en ordre par Monsieur G****, verbo Doute, volume 21, p.213.

précisément s'agissant de la capacité juridique de l'accusé à disposer de ses biens à cause de mort.

C'est à Robert Joseph POTHIER ⁽²²⁷⁾ que l'on doit les développements sur ce point. Le Conseiller au Présidial de la ville d'Orléans examine dans *son Traité sur les donations entre vifs*, et plus précisément s'agissant des personnes qui peuvent donner entre vifs, la question de savoir si "*la donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation doit être réputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement ?*"⁽²²⁸⁾. Répondant par la négative à cette problématique il expose ainsi que, "*si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent : s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa donation dans la persuasion qu'il serait condamné, et qu'il ne pourrait plus longtemps conserver les choses par lui données. Une personne qu'on suppose innocente doit être par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation*"⁽²²⁹⁾. Celui-ci poursuit même son raisonnement en considérant qu'une donation, faite par un condamné qui a fait appel d'un jugement ayant prononcé la peine capitale, ne peut être remise en question puisque "*on devrait encore, en ce cas, le présumer innocent*"⁽²³⁰⁾.

²²⁷ Robert Joseph POTHIER, il naît à Orléans le 9 janvier 1669 et meurt dans la même ville le 2 mars 1772. Reçu Conseiller au Châtelet d'Orléans en 1720, il se livra à l'étude du droit à laquelle il mêla celle de la morale et de la théologie. Ayant au bout de longues années d'étude réussi à acquérir une parfaite connaissances des lois romaines il entreprit de ranger, les lois renfermées dans les pandectes, dans un ordre plus rationnel et méthodique. L'ouvrage connut un succès considérable. En 1740, à la demande de D'AGUESSAU, il prit la chaire de professeur de droit français à Orléans, laissée vacante par la mort de PREVOST de la JANNES. Il serait, selon l'expression, *le père du Code Civil*. En réalité, son œuvre sur les contrats et les obligations a inspiré les rédacteurs du Code parce qu'elle constituait le seul traité de l'Ancien Droit qui précéda la Révolution. Il devait par la suite publier divers ouvrages sur le droit des obligations et des contrats.

²²⁸ POTHIER (Robert-Joseph), *Oeuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, Paris, 1845, Tome VIII, Traité des donations entre vifs, p. 353, n° 20.

²²⁹ POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, p.353, n°20.

²³⁰ POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, p.353, n°20.

Pour écarter les effets de la mort civile qui affectait un condamné pour un crime capital ⁽²³¹⁾, le conseiller au Présidial d'Orléans utilise un artifice qui consiste à supposer que la volonté libérale de l'accusé soit réelle et non dicté par un sentiment de découragement et de résignation. C'est parce que l'accusé espère encore dans une décision favorable que l'innocence se doit d'être présumée. Il ne procède donc à aucune analyse du mécanisme lui-même, c'est à dire la connexion entre le bénéfice du doute et la charge de la preuve. En limitant ce raisonnement à la capacité juridique de l'accusé qu'il enveloppe d'une approche morale, et en évinçant toute discussion sur le droit de la preuve, Robert Joseph POTHIER montre ainsi que les expressions utilisées ne correspondent nullement à un mécanisme bien précis qui régit la preuve pénale.

L'évocation dans ces traités et répertoires, publiés en cette deuxième moitié du XVIII^{ème} siècle, d'une présomption d'innocence, ne signifie nullement l'affirmation d'un principe directeur du procès pénal à l'intérieur duquel s'articulerait le mécanisme de la preuve pénale. Cette présomption constitue un artifice autorisant le juge, parce qu'il se trouve convaincu d'une culpabilité qui n'est pas démontrée, à tempérer la rigueur des conséquences civiles d'une condamnation à mort. Il élabore ainsi, par le biais d'une fiction juridique, le moyen permettant à l'accusé de conserver la plénitude de sa capacité, et donc de pouvoir disposer de ses biens. Elle demeure sans effet sur le principe que le juge soit dans l'obligation de rechercher, puis d'obtenir une preuve légale dont les conséquences le lieront définitivement.

L'intérêt de ces dictionnaires et ces répertoires consiste, au-delà de l'œuvre de vulgarisation de termes ou de principes juridiques, dans le cadre conceptuel qui se trouve notamment élaboré en droit criminel. Tout en montrant les limites de la preuve légale, ils montrent que ce système

²³¹ Comme le précise Claude Joseph de FERRIERE "*Mort civile, est celle qui rend un homme mort au monde incapable de tous effets civils, comme de succéder, de disposer de ses biens par testament, &c. En un mot, celui qui est mort civilement, est entièrement retranché de la société civile, & ne peut plus y contracter aucun commerce, ni participer à aucun droits de citoyen*", *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Vol 1, verbo Mort civile, p. 215.

probatoire ne permettait pas à l'accusé de bénéficier d'une preuve imparfaite. La volonté qui naissait, chez le juge, de tempérer les rigueurs de l'Ordonnance criminelle de 1670 le conduisait, nonobstant les garanties dont disposait l'accusé, à ne pas lui reconnaître un droit à être regardé comme innocent. La conviction qui animait le juge l'amenait ainsi à condamner, fût-ce au bénéfice du doute.

Paragraphe 2 Des condamnations au bénéfice du doute.

Pour le juge, le sort de l'accusé se trouvait définitivement scellé lorsque la *preuve pleine et entière* était réunie, dans le cas contraire ce dernier devait être renvoyé des fins de la poursuite. Cependant, le refus de relâcher un accusé *véhémentement soupçonné* se traduisit sous la forme de jugements intermédiaires entre condamnation et absolution. L'atteinte à la présomption d'innocence est consacrée (A) et la pratique des Cours ne fera que le confirmer (B).

A) Un texte inappliqué.

En énonçant qu'"après la confrontation des témoins, l'accusé ne pourra plus être reçu en procès ordinaire mais sera prononcé définitivement sur son absolution ou sa condamnation", l'article 4 du Titre XX de l'Ordonnance criminelle de 1670 organise, non sans rigueur, le choix qui doit s'imposer au juge. Aussi, après avoir été rendu destinataire des conclusions que le Procureur du Roi ou le Procureur fiscal lui a adressées, et "*qui sont absolument nécessaires pour pouvoir juger définitivement l'accusé*"⁽²³²⁾, celui-ci doit impérativement décider du sort de l'accusé en examinant le sac de procédure. Ou "*la probatio plena*" se trouvait constituée, et elle emportait alors automatiquement condamnation de l'accusé, ou cette preuve n'était pas réunie et l'absolution devait s'imposer. Les juges ne disposaient d'aucune autre alternative. Ces derniers constataient la culpabilité de l'accusé, ou

²³² JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXIV, Section première, p.511

admettant l'absence d'une preuve parfaite, se devaient de renvoyer des fins de la poursuite. Au regard de ce choix binaire, l'architecture du système probatoire conçu depuis la renaissance du droit romain, aurait dû assurer la reconnaissance d'un droit à l'innocence.

Or tel ne fut pas le cas. Pour éviter le scandale de l'impunité d'un accusé fortement soupçonné, le juge allait recourir à un palliatif juridique, parfaitement décrit par la doctrine, et qui consistait à rendre des jugements qui n'étaient ni une condamnation, ni une absolution. Parce qu'ils recouraient à "*des formules pour relâcher l'accusé non convaincu de l'accusation, sans l'absoudre*"⁽²³³⁾, les juges de l'Ancien régime opéraient singulièrement "*une confusion entre une culpabilité imparfaitement prouvée avec une culpabilité moindre*"⁽²³⁴⁾. En agissant de la sorte, ils en vinrent à élaborer plusieurs types de décisions qui maintenaient l'accusé dans les liens de la prévention. Par voie de conséquence, la solution adoptée constituait un obstacle à la reconnaissance d'un droit à l'innocence,

C'est ainsi que Pierre AYRAUT ⁽²³⁵⁾, précise que le juge puisse "*ne bailler iour quelconque, & néanmoins aussi ne prononcer rien qui n'emporte ny condamnation ny absolution, comment peut-il faire ? Il se faict toutesfois*" ⁽²³⁶⁾. Ce lieutenant au Présidial criminel d'Angers, dont les écrits, au XVIII^{ème} siècle restent une référence pour ceux qui sont en charge de l'instruction des affaires

²³³ HELIE (Faustin), *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Tome IV, n° 369, p. 431.

²³⁴ BONNIER (Edouard), *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5^{ème} édition, Paris 1888, p.36.

²³⁵ Pierre AYRAUT, il naît à Angers en 1536 et meurt en 1601. Il étudie le droit à Toulouse et à Bourges afin de prendre les leçons de DUAERUS, DONELLUS et CUJAS. Ayant pris ses degrés de bachelier à 21 ans, il revient à Angers pour enseigner le droit civil. Par la suite, inscrit comme avocat au Parlement de Paris, il se fait remarquer par son éloquence et son érudition. Il quitte la capitale pour prendre la charge de Lieutenant criminel au Présidial d'Angers, ville dont il sera nommé échevin perpétuel.

²³⁶ AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Paris, 1588, Livre III, Partie IV, p.365, n°13.

criminelles (²³⁷), expose que le juge ne prenait aucune décision, tant sur la culpabilité que sur l'innocence (²³⁸). Il s'agissait en réalité, de répondre juridiquement à des situations de fait que le juge ne voulait pas clôturer par un jugement définitif qui vidait sa saisine.

Plusieurs solutions étaient envisagées. Elles consistaient soit dans une remise en liberté de l'accusé, ou plus précisément d'un élargissement temporaire et sous condition qu'il ne soit trouvé de preuves supplémentaires (²³⁹), soit dans son élargissement sans condition avec un abandon des poursuites pénales initialement engagées (²⁴⁰). Le juge acceptait de ne pas condamner mais ne renvoyait pas définitivement des fins de la poursuite. Pour Pierre AYRAUT, cette décision ressortissait, non des juridictions inférieures, mais uniquement des Cours (²⁴¹) qui, toutefois, se réservaient la possibilité de reprendre les poursuites initialement engagées par les premiers juges (²⁴²). Il nous faut

²³⁷ JOUSSE dit de son ouvrage considère qu'il est "*très utile pour les juges, & sur-tout pour ceux qui sont chargés de faire l'instruction des procès criminels*", JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Tome premier, préface, p. liij.

²³⁸ "*Certes si tel cas arriuoit pardeuant nous [...], il faudroit que l'accusee print lettres, & tant sur l'enterinement de la remission, qu'au fons mettre les parties hors de Cour & de procès. En ce faisant aussi ne seroit iuger le fait remissible ne irremissible. L'un seroit de mauuais exemple, l'autre trop dur*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction iudiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°13.

²³⁹ "*Elargir à la charge de bien viuvre, c'est définir ordonner qu'il sera informé plus amplement, & cependant eslargir, c'est interlocutoire*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction iudiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

²⁴⁰ "*Dire purement et simplemet que les prisons seront ouverts, et n'adiouster autre chose, c'est bien pareillement définir car s'il ne retombe iamais en une autre faute, on ne reprendra point le passé*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction iudiciaire...*, op. cit. , Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

²⁴¹ "*Mais ie doute qu'il n'y ayt que le supérieur qui la puisse faire. Car l'inférieur qui est plus astraint aux lois & formalitez, doit décider & faire droict aux parties en vne façon ou en l'autre*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction iudiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

²⁴² "*De fait, j'ay appris que la Cour mesme ne delivre rien de tesl arests, lesquels emportent aueque soy qu'ils ne notent point l'accusé. Car il n'y a queuë quelcoque à l'élargissement : mais que c'est luy dire qu'il n'y revienne plus, et que s'il retombe en faute quelconque il*

constater que ce type de décision préfigure néanmoins une atteinte à une innocence présumée parce que les juges, tout en favorisant l'accusé (²⁴³), réservent leur décision définitive. Ainsi dans le cadre de ce qui s'apparente comme une sorte de mise à l'épreuve, et tout en laissant subsister l'accusation initialement engagée contre l'accusé, le jugement restera perpétuellement en suspens. Cette démarche qui s'éloigne de la lettre du texte, tourne donc la difficulté d'une preuve imparfaite.

De même, évoque t-il également la possibilité pour le juge de rendre un jugement de *quousque* qui "*n'est proprement ne interlocutoire ne iugemet diffinitif. Interlocutoire : par-ce qu'il n'a ne iour ne assignation précise [...]. Ce n'est point ainsi sentence diffinitive : par-ce que survenant nouvelle preuve du mesme faict, elle est accumulée, & le procès repris & conduit comme devant. [...] Toutesfois sa condamnation ou absolutio traîne toujours : il est dubii, incertique status*"(²⁴⁴). Le Lieutenant du Présidial d'Angers se refuse à considérer que l'incertitude juridique puisse paralyser la décision du juge. Les Cours et les Tribunaux tracent donc les premières esquisses d'une pratique judiciaire qui contourne les conséquences de la preuve légale. Les juges acceptent que des jugements suspendent le temps judiciaire dans l'attente d'une preuve destinée à compléter les éléments du sac de procédure,

trouvera son procès faict, AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.366, n°15.

²⁴³ *La Cour use de ces arests et jugemens tacites, si pour une grande ieunesse, ou recomandation des parens tres notables elle faict grace*", AYRAULT (Pierre), *L'ordre, formalité et instrvction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, n°15, p.366.

²⁴⁴. AYRAUT (Pierre), *L'ordre, formalité et instruction ivdiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques conférer au Stil d'usage de notre France*, Livre III, Partie IV, p.367. L'auteur critique cependant cet usage car "*nous avons admis une façon de prononcer qui ne décide rien d'une part n'y d'autre: cela semble bien éloigné de la façon des anciens. Que l'on n'épargne point pour parvenir à la cognoissance du crime, tous les délais, les inquisitions, dénonciations, censures et jugements interlocutoires qui peuvent être mais cela fait, qu'un accusé traîne perpétuellement son lien, et qu'il ne puisse jamais attendre une absolution plénière: cela est-il juste ?*", Livre III, Partie IV, n°16, p.367-368, n° 17.

et ce, pour leur permettre de recueillir une *preuve pleine et entière* indispensable pour condamner (²⁴⁵).

On retrouve, dans la plupart des ouvrages juridiques publiés au XVIII^{ème} siècle la formulation du principe qui veut que l'on n'abandonne pas l'action pénale diligentée contre un accusé quand "*l'instruction ne produit pas une preuve suffisante*" (²⁴⁶) et ce d'autant plus que les juges disposent de formules pour ne pas relâcher un accusé fortement soupçonné. Aussi, et pour éviter le dépérissement des soupçons ou des indices recueillis contre l'accusé durant l'instruction, les juges prononcent-ils un *plus amplement informé* (²⁴⁷). Ils formalisent dans la pratique (²⁴⁸) une situation d'attente durant laquelle ils pourront parvenir à une *preuve pleine et entière*.

Robert Joseph POTHIER expose les raisons qui amènent le juge à utiliser de ces subterfuges judiciaires pour sortir d'une situation paralysée par l'absence d'une preuve légale. Ce dernier, énonce que "*lorsqu'il n'y a pas une preuve suffisante pour la conviction de l'accusé, et que la qualité du crime ou de la preuve, ne permet pas non plus d'ordonner la question préparatoire ; que,*

²⁴⁵ Comme le résume Arlette LEBIGRE, "*Quand la Cour ne veut ni appliquer les peines prévues par la loi ni acquitter, elle ordonne un supplément d'information, dont on sait d'avance qu'il ne sortira rien mais qui a l'avantage de ne pas clore le procès comme le ferait un jugement définitif. Si, par le plus grand des hasards, de nouvelles preuves survenaient, la procédure simplement mise en sommeil, pourrait reprendre*", *La justice du Roi, la vie judiciaire de l'ancienne France*, Paris, 1988, p. 220.

²⁴⁶ MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, p. 259

²⁴⁷ PUSSORT rappelle de façon fort lacunaire lors de la discussion de l'article 4 du titre XX de l'Ordonnance criminelle "*qu'il y avoit deux manières de prononcer : l'une l'absolution, et l'autre le plus amplement informé. Que l'ordonnance ne défendoit point cette dernière*", *Procès-verbal des conférences de Louis XIV tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667 et de l'ordonnance criminelle du mois d'Août 1670*, p. 232.

²⁴⁸ MUYART de VOUGLANS indique ainsi qu'"*Il reste à observer, relativement à la peine du plus amplement informé en général, qu'il n'en est fait aucune mention dans nos anciennes lois, quoique l'usage de le prononcer, ainsi que le hors de Cour, soit des plus anciens, comme il fut observé par MM. Les commissaires, lors du procès verbal de conférence de l'Ordonnance de 1670*", *Les Lois criminelles dans leur ordre naturel*, p. 79.

d'un autre côté, les juges ne jugent pas à propos d'absoudre l'accusé, soit parce qu'ils prévoient qu'il pourra survenir de nouvelles preuves, soit parce qu'ils le trouvent trop chargé pour l'absoudre, ils rendent un jugement interlocutoire par lequel ils ordonnent qu'il en sera plus amplement informé pendant un certain temps"⁽²⁴⁹⁾. Par ces quelques lignes, le Conseiller au Présidial d'Orléans expose cet axiome que les soupçons, corroborés par des indices véhéments, mais insuffisants pour condamner, peuvent cependant constituer le socle d'une décision qui ne clôt pas définitivement le débat judiciaire.

Celui-ci, suspendu temporairement, pourra reprendre lors de la découverte d'indices ou d'éléments de preuve plus pertinents qui constitueront alors une *preuve pleine et entière* ⁽²⁵⁰⁾. Bien plus, les juges pourront décider qu'il sera d'une durée indéterminée ⁽²⁵¹⁾, laissant ainsi l'accusé dans une situation juridique de non condamnation. Ce qui importe, c'est de maintenir une emprise juridique sur celui-ci parce qu'il existe à son encontre une conviction qu'il est l'auteur des faits poursuivis. Le juge construit progressivement la culpabilité de l'accusé à partir d'un système mécaniste et hiérarchisé qui sera complété à tout moment si l'un des éléments vient à manquer.

Cette situation procédurale ambivalente, comprise entre l'absolution et la condamnation, s'inscrit dans une optique permanente, décrite par la doctrine, et qui veut que la justice n'ait pour seule fonction que de réprimer le crime et

²⁴⁹ POTHIER (Robert-Joseph), *Œuvres de POTHIER annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle par Monsieur BUGNET*, p.475, n°149.

²⁵⁰ Augustin Marie POUILLAIN du PARC énonce cependant que s'agissant du "*plus amplement informé pour un tems fixé par le jugement. L'état de l'accusé cesse d'être incertain, après que ce tems est expiré*", *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome XI, p. 414.

²⁵¹ Pierre François MUYART de VOUGLANS rappelle ainsi qu'"*Il y a deux sortes de plus amplement informé ; l'un à temps, comme d'une ou plusieurs années ; l'autre indéfini, & que les praticiens appellent usquequo. Le plus amplement informé à temps, a lieu ordinairement pour des crimes qui ne sont point absolument atroces, ou dont les indices sont légers ; [...].Le plus amplement informé indéfini n'est au contraire prononcé que ans les crimes graves, qui intéressent l'ordre public, & dont les indices sont considérables "*, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre premier, Chapitre premier, p. 259.

d'assurer la tranquillité publique. Comme le rappelle JOUSSE, "*on peut regarder comme une règle générale, qu'en France les accusés ne sont jamais renvoyés absous, faute de preuves entières dans les crimes ou les Procureurs du Roi, ou Fiscaux, sont parties*"⁽²⁵²⁾. Les actions, engagées à l'initiative des représentants du roi, ce qui correspond actuellement au ministère public, se devaient d'aboutir en trouvant leur épilogue dans la condamnation de celui qui était accusé.

Le constat montre donc que l'article 4 du titre XX de l'Ordonnance criminelle de 1670 n'était aucunement appliqué dans un sens littéral, puisque la règle aurait voulu que l'accusé soit définitivement absous parce que la preuve légale n'était pas rapportée. Or, ce dernier demeurait dans une situation intermédiaire. Sa culpabilité n'était pas définitivement acquise et son innocence demeurait imparfaite. En gelant temporairement le sort réservé à une affaire pénale, dont l'examen pouvait être repris à tout moment, puisqu'il n'existait pas de limite dans le temps, les juges étouffaient la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Ils favorisent l'existence d'une "*solution médiane qui permet de concilier l'intime conviction et le système des preuves légales*"⁽²⁵³⁾, mais qui surtout concrétise de fait une présomption de culpabilité parce que l'on estime "*qu'il n'y auroit pas moins d'injustice à renvoyer l'accusé entièrement absous, qu'à prononcer une peine contre lui*"⁽²⁵⁴⁾. Selon la doctrine, "*l'accusé est un homme violemment suspect d'un délit grave, sur lequel il est important que la justice ait les yeux pour veiller sur sa conduite*"⁽²⁵⁵⁾. Aussi le jugement de *plus amplement informé* qui

²⁵² JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, p. 557.

²⁵³ BLOT (Stéphanie), *La défense dans le procès pénal de la fin de l'Ancien Régime : Etude de la pratique judiciaire Angevine*, Thèse Droit, Paris II, 2002, p. 309.

²⁵⁴ MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre premier, Chapitre premier, p. 259.

²⁵⁵ LAVERDY (Clément Charles François), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, Edits et déclarations sur les crimes et délits seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p. lvj.

permet de maintenir, en reprenant un langage moderne, l'accusé dans les liens de la prévention, même si les charges sont insuffisantes pour condamner, constitue une atteinte à la présomption d'innocence. L'impunité de celui qui est soupçonné puis arrêté, reste sans conséquence en l'absence d'une *preuve pleine et entière* ⁽²⁵⁶⁾. La nécessité de préserver l'ordre social l'emporte sur la recherche de la vérité judiciaire.

La conséquence d'une telle décision aboutissait à "*laisser toujours l'accusé in reatu ; en sorte que son sort reste incertain à cause des preuves qui peuvent survenir contre lui*" ⁽²⁵⁷⁾ et à autoriser "*le procureur du Roi d'agir et, de suivre le procès, si l'occasion de prouver la vérité du fait se présente*" ⁽²⁵⁸⁾. Permettant une reprise des poursuites dès que la preuve légale se trouve enfin constituée, elle valide surtout la création de ce qui peut s'apparenter à une quasi-condamnation, reflet d'un système judiciaire qui traduit cette volonté du pouvoir royal d'organiser efficacement la répression des crimes. En refusant de relâcher un accusé dont la culpabilité n'est pas suffisamment prouvée, la doctrine et la pratique judiciaire contournait le principe que l'absence d'une *preuve pleine et entière* bénéficiait à l'accusé.

²⁵⁶ Clément Charles François LAVERDY souligne que, "*La vengeance d'un scandale exige qu'on ne renonce point aux nouvelles preuves que le temps & le hazard procureront peut-être dans la suite, & qui deviendroient inutiles, si on eut prononcé un jugement définitif, qui auroit éteint la procédure, en terminant le procès*", *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, Edits et déclarations sur les crimes et délits seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p. lvj.

²⁵⁷ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section III, n°89, p. 558.

²⁵⁸ JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Partie III, Livre II, Titre XXV, Section III, n°91, p. 559.

Augustin Marie POUILLAIN du PARC (²⁵⁹) expose ainsi, sans ambiguïté, dans ses *Principes du Droit françois, suivant les maximes de Bretagne*, les raisons qui font que les juges se refusent à admettre que l'accusé fortement *indicié*, c'est-à-dire largement suspecté puisse, par manque de preuves, échapper à la justice criminelle. Les développements de cet avocat au Parlement de Bretagne, montrent indirectement que le mécanisme de la présomption d'innocence ne peut recevoir application. Il écrit ainsi, s'agissant du *plus amplement informé indéfini* ou *quousque indéfini* que, contrairement aux développements qu'AYRAUT avait également entrepris sur le sujet (²⁶⁰), "*s'il s'agissoit d'un crime atroce, si le corps du délit étoit certain, & s'il y avoit des commencemens de preuves contre l'accusé, les juges pourront bien se déterminer à le laisser toujours dans le même état d'incertitude sous le quousque, après l'épuisement de toutes les preuves. On ne doit rendre aucun jugement qui puisse en opérer l'impunité. S'il n'y a point à présent de preuves suffisantes, il peut en survenir dans la suite [...] et qu'il est juste que celui, contre lequel il y a des commencemens de preuves, ne soit pas définitivement renvoyé*"(²⁶¹). Toutes ces précisions sémantiques sur le *plus*

²⁵⁹ Augustin Marie POUILLAIN du PARC, il naquit à Rennes le 7 ou 8 septembre 1703 à Rennes et meurt dans la même ville le 14 octobre 1782. Frère du littérateur POUILLAIN de SAINT-FOIX, Avocat comme son père, POUILLAIN de BELAIR, il délaissa le barreau, où il brillait par son éloquence, pour la consultation et l'enseignement du droit civil où il disposait d'une chaire de professeur royal de droit français à la faculté de Rennes où il fut nommé en 1743. Il y enseigna pendant trente sept ans. Élu Bâtonnier en 1762, il est anobli en 1763 puis fait chevalier de l'ordre de Saint-Michel.

²⁶⁰ "*Airaut propose des expédiens, pour un accusé, contre lequel il y a un quousque indéfini. Lorsqu'il y a une partie civile, l'accusé a la voie d'agir contre cette partie, pour qu'elle soit tenue de faire ces preuves; & les juges ne peuvent pas se dispenser de fixer en ce cas un tems, après lequel l'accusé doit être renvoyé hors procès ou hors d'instance. Car quoique le plus amplement informé indéfini annonce qu'il y a de violens soupçons contre lui, comme le soupçon est bien loin de la conviction, & comme la présomption est toujours pour l'innocence, il seroit contre toute justice de retenir un citoyen dans l'état perpétuel d'accusé. Airaut dit que s'il n'y a de partie que le Procureur du Roi, l'accusé doit appeler la veuve & héritiers ou autre ayant intérêt en l'accusation, ou exiger que le Procureur du Roi nomme son dénonciateur, pour avoir une partie contre laquelle il puisse agir, mais que si le Procureur a poursuivi sans dénonciation, sur notoriété du fait, il n'y auroit plus de remède, & l'accusé seroit forcé de demeurer en ce cas sous le quousque. Je crois que ce qu'exige Airaut est fort inutile & ne seroit pas pratiqué aujourd'hui*", POUILLAIN du PARC (Augustin Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome XI, p. 414-415.

²⁶¹ POUILLAIN du PARC (Augustin Marie), *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, Tome XI, p. 416.

amplement informé ne font, en réalité, que décrire la démarche suivie par le juge pour démontrer la culpabilité de l'accusé.

Durant l'enquête, puis au cours de l'instruction, le juge n'aura d'autre objectif, suivant une grille de valeur préalablement déterminée, que de mesurer ceux des soupçons ou des indices recollés, pour former la *preuve pleine et entière*, c'est-à-dire la preuve qui établisse avec certitude absolue, que l'accusé est bien l'auteur des faits qui lui sont reprochés. Une véritable présomption de culpabilité était préconstituée avant toute décision. Il ne pouvait être question de considérer que le juge puisse intégrer, dans son raisonnement, certes restreint à une approche mathématique de la preuve, l'idée d'un questionnement sur la valeur de ce qui lui était soumis. Le doute était exclu du raisonnement que devait opérer le juge pour décider de l'innocence ou de la culpabilité, ce que la doctrine ne manque pas de confirmer.

Claude Joseph FERRIERE montre dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* toute l'ambiguïté qui réside dans l'usage judiciaire qui peut être fait de ce doute. Lorsqu'il aborde la définition du verbe "*absoudre*", il écrit que ce substantif "*signifie décharger d'une accusation, et de la peine d'un crime*"⁽²⁶²⁾, précisant immédiatement après, que "*Dans le doute, il est plus expédient d'absoudre un criminel, que de condamner un innocent*"⁽²⁶³⁾. Il s'agit donc ici d'une démarche que commande la sécurité de ne pas commettre d'erreur judiciaire en ces temps où les scandales, qui avaient trouvé naissance dans les décisions de condamnation rendues par les Cours souveraines et fondées sur l'existence d'une preuve légale, n'avaient pas manqué d'ébranler une certaine opinion.

²⁶² FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Absoudre, vol 1, p. 11.

²⁶³ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Absoudre, vol 1, p. 11.

Pourtant, quelques lignes auparavant, le même auteur, parlant du mot "*Absolution*", rappelle que " *c'est un jugement par lequel un accusé est, faute de preuves, absous et déclaré innocent du crime dont il avoit été accusé. Je dis, faute de preuve ; car un accusé n'est jamais renvoyé absous, quand il y a quelques preuves contre lui, mais insuffisantes pour le condamner, ou pour le faire appliquer à la question*"⁽²⁶⁴⁾. La définition, ainsi rapportée, du verbe et du substantif montre à l'évidence la différence qui existe entre la démarche que doit entreprendre le juge, et le résultat qui en sera la conséquence.

Le juge admet que l'accusé puisse bénéficier d'une insuffisance dans la démonstration de la preuve légale en ne subissant pas la peine capitale ; pour autant, il se refuse à concevoir que ce droit ait pour conséquence de le libérer définitivement de l'accusation lancée contre lui. Ce décalage certain, entre la règle et son application, se cristallise encore plus dans une pratique procédurale située à la limite de l'absolution. Ainsi en était-il lorsque les juges renvoyaient l'accusé *Hors de cour* ⁽²⁶⁵⁾. Ce jugement, qui ne se confond pas avec le jugement de *plus amplement informé*, possède la particularité de revêtir deux acceptions différentes. Il peut non seulement se définir comme une quasi-condamnation mais également comme une quasi-absolution.

En se décidant ainsi, les juges reconnaissent alors au soupçon une valeur juridique qui ne sera pas sans conséquence sur le sort de l'accusé car, ainsi que le précise Clément Charles François de LAVERDY, "*dans ce cas, on ne prononce point de dommages & intérêts en faveur de l'accusé, & par conséquent on ne lui apprend point le nom de son dénonciateur. L'innocence de l'accusé n'est pas assez clairement reconnue pour qu'on le traite si favorablement ; il reste quelques nuages sur sa conduite, puisqu'on ne lui a pas accordé le bénéfice d'être déchargé de l'accusation, titre si précieux d'un*

²⁶⁴ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Absoudre, vol 1, p. 10-11.

²⁶⁵ Cf sur ce point les quelques développements par Stéphanie BLOT dans sa thèse *la défense dans le procès pénal de l'ancien régime : Etude de la pratique judiciaire angevine*, notamment pp. 339-341.

citoyen dans la société"⁽²⁶⁶⁾. Cette situation hybride où l'accusé n'est pas condamné mais n'est pas non plus reconnu non coupable s'explique par le fait que "*l'innocence ne paroît pas évidente aux yeux de la justice elle-même*"⁽²⁶⁷⁾. Une sorte de réprobation juridique, liée à l'attitude ou au caractère de l'accusé, demeure. L'auteur précise même, quelques lignes plus loin, "*qu'on ne peut pas disconvenir qu'elle ne lui enlève dans l'opinion publique l'estime d'une partie de ses concitoyens*"⁽²⁶⁸⁾. L'incertitude juridique ne vaut donc pas reconnaissance pleine et entière de l'innocence.

On retrouve également une position identique chez Guy du ROUSSEAUD de la COMBE ⁽²⁶⁹⁾ cette affirmation qu'"*il faut observer qu'il y a une notable différence entre une Sentence, Arrêt ou Jugement, qui porte qu'un accusé est renvoyé quitte & absous de l'accusation ou déchargé de l'accusation, & une Sentence, Arrêt ou jugement, qui prononce seulement un hors de cour sur l'accusation ; [...] par les termes et qualifications de la seconde prononciation, il reste dans l'esprit quelque soupçon sur l'accusation, & que si l'accusé est sorti, c'a été faute de preuves suffisantes*"⁽²⁷⁰⁾. De même, François SERPILLON écrit que, lorsqu'"*un accusé n'est pas renvoyé absous, mais seulement mis hors de Cour, il ne peut prétendre des dommages &*

²⁶⁶ LAVERDY (Clément Charles François de), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances, Edits et Déclarations sur les crimes et délits seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p.lviii-lix.

²⁶⁷ LAVERDY (Clément Charles François de), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p.lviii-lix.

²⁶⁸ LAVERDY (Clément Charles François de), *Code pénal ou recueil des principales Ordonnances seconde édition, augmenté d'un essai sur l'esprit et les motifs de la procédure criminelle*, p.lviii-lix, p.lix.

²⁶⁹ Guy DU ROUSSEAU DE LA COMBE, sur cet auteur les références bibliographiques demeurent quasiment inexistantes. Tout au plus peut-on préciser qu'il serait né à la fin du XVII^{ème} siècle et serait mort en 1749 sans plus de certitude. Avocat, comme il précise lui-même en 1737, il s'intéresse au droit privé, au droit canonique et surtout au droit criminel dont l'ouvrage *Traité des matières criminelles* fera de ce dernier un criminaliste en vue puisque JOUSSE en sera un lecteur studieux.

²⁷⁰ ROUSSEAUD de la COMBE (Guy du), *Traité des matières criminelles suivant l'Ordonnance du mois d'août 1670, et les Edits, Déclarations du Roi, Arrêts et Règlements intervenus jusqu'à présent*, p. 584.

intérêts ; il n'est pas entièrement lavé, il n'a pas une absolution complète. Cette façon de prononcer laisse des soupçons contre l'accusé qui s'échappe faute de preuves, ou elle donne à entendre que le cas n'est pas entièrement excusable, ou qu'il n'y a pas assez de preuve quoique le crime soit grave"(²⁷¹). Il faut cependant relever que le Lieutenant général criminel au Bailliage d'Autun qui inscrit la définition de ce jugement dans une orthodoxie doctrinale, montre néanmoins toute la problématique posée par l'absence d'une preuve légale.

Ce dernier estime que le "*Hors de Cour, ou hors de cause, ne renferme pas une justification complète aux yeux du public ; mais c'est une absolution entière aux yeux de la justice, à la censure de laquelle l'accusé ne peut plus être exposé pour le même cas, parce qu'il est totalement jugé. Un Arrêt qui renvoie de l'accusation est un vrai titre d'innocence, & celui qui met hors de Cour est un Arrêt d'absolution ; l'un justifie l'autre ne condamne pas"*(²⁷²). La décision rendue se situe entre la reconnaissance imparfaite que l'accusé est innocent et le constat amer qu'il est sans doute coupable. Si elle vide la saisine des juges puisqu'elle ne permet pas de reprendre ultérieurement contre l'accusé pour les mêmes faits, elle ne prononce aucune peine contre lui. Plus précisément, elle n'autorise pas les juges à lui allouer de réparation pécuniaire, en suite de l'accusation portée contre lui parce qu'il subsiste une incertitude sur son innocence. Le soupçon qui demeure, constitue de fait un doute qui ne profite aucunement à l'accusé.

Pierre François MUYART de VOUGLANS adopte une position identique quand il précise que "*le HORS DE COUR [...] s'emploie ordinairement, lorsque dans la visite du Procès Criminel, les juges ne trouvent pas des preuves suffisantes pour condamner ou pour absoudre un accusé, contre lequel il élève néanmoins un certain soupçon, qui suffit pour l'empêcher de prétendre des dommages et intérêts*

²⁷¹ SERPILLON (François) *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 1, p.393-394, n°1.

²⁷² SERPILLON (François) *Code Criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, p.317, n°5.

contre son accusateur "⁽²⁷³⁾, Il confirme que cette décision est définitive puisque celle-ci "*contient proprement l'absolution de l'instance ; au lieu que dans le cas du plus amplement informé, s'il survient de nouvelles preuves du crime, la procédure reprend alors sa première vigueur*"⁽²⁷⁴⁾. Il nous faut donc conclure, après ces quelques développements, que la doctrine, non sans une certaine unanimité, admet que l'on puisse juridiquement reconnaître, non pas tant le principe d'une innocence presque parfaite que l'existence d'une culpabilité imparfaite.

Toutefois, il faut souligner la voix discordante de Claude Joseph de FERRIERE. Ce dernier, bien que dans la même ligne de pensée que ses contemporains sur ce thème précis ⁽²⁷⁵⁾, s'éloigne néanmoins des conclusions posées par ses contemporains sur ce thème. Il estime que cette forme de jugement ne peut mettre fin aux poursuites initialement engagées, considérant que "*celui qui est renvoyé par un hors de Cour n'est pas absous, les indices du crime commis restent toujours contre lui ; de sorte qu'il peut être derechef poursuivi pour le même crime*"⁽²⁷⁶⁾. Même si cette position demeure isolée, il nous paraît indispensable de souligner l'impossibilité pour les juges de l'Ancien régime, au nom d'un intérêt public, d'admettre qu'une preuve imparfaite permette à un accusé d'être reconnu innocent. En accordant ainsi

²⁷³ MUYART de VOUGLANS, (Pierre François) *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, p. 481.

²⁷⁴ MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Partie VII, Titre premier, Chapitre premier, Paragraphe II ? p.259.

²⁷⁵ Il indique que le "*HORS DE COUR en matière criminelle, sur une plainte ou sur une accusation formée, est différent de la décharge de l'accusation : au premier cas, on juge qu'il n'y a pas de quoi condamner ; & au second on déclare l'innocence de l'accusé ; au premier cas, il n'y a pas de dommages & intérêts ; au second, ils sont nécessaires : au premier cas, on peut dire qu'il manque quelque chose au rétablissement de l'honneur de l'accusé ; au second il est entier & parfait, au moyen de la décharge absolue qui dissipe toute idée de crime*", FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Hors de Cour en matière criminelle, vol 1, p. 685.

²⁷⁶ FERRIERE (Claude-Joseph de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Tome premier, verbo Hors de Cour en matière criminelle, p. 685.

au soupçon une valeur juridique forte, et ce par l'existence du *Hors de Cour*, nonobstant une éventuelle reprise des poursuites, ces mêmes juges refusent de reconnaître l'existence d'un droit à l'innocence parce qu'ils ne sont pas juridiquement convaincus (²⁷⁷).

Indépendamment du sens que les criminalistes donnent au terme *Absolution* puisqu'ils ont une approche différenciée des conséquences juridiques de ce jugement, la pratique judiciaire, en créant (²⁷⁸) une déclinaison du jugement d'absolution en plusieurs degrés (²⁷⁹), ignorait le droit à l'innocence, alors que le l'application stricte de la preuve légale aurait du aboutir à un renvoi définitif des fins de la poursuite puisque celle-ci n'était pas réunie. Il est donc certain que se construisit une véritable stratégie procédurale qui contourne un mécanisme probatoire favorable aux accusés. Cette affirmation, dont l'explication réside dans le fait que les juges n'entendaient guère élargir un accusé fortement soupçonné constitue un obstacle certain à la reconnaissance d'un droit à l'innocence. Les juges, contraints d'obtenir une preuve parfaite qu'ils ne pouvaient toujours obtenir, furent ainsi amenés à décliner, suivant des degrés différents, leur décision.

Cette pratique judiciaire marque le constat que ces derniers se détachent du système probatoire officiellement en vigueur. Toutefois, et malgré l'absence d'une *preuve pleine et entière*, ils ne renoncent pas à condamner. Qu'ils s'agissent de l'application d'une peine moindre que la peine capitale, ou d'un

²⁷⁷ Arlette LEBIGRE estime ainsi que "*la mise hors de cour est une sorte de sous acquittement qui rend la liberté à l'accusé mais sans proclamer son innocence. Procédé très pratique quand un doute subsiste, faute de preuves suffisantes dans un sens ou dans un autre*", LEBIGRE (Arlette), 1679-1672, *L'affaire des poisons*, Paris, édition complexe, 2006, note n°10, p.159.

²⁷⁸ Ce que confirme MUYART de VOUGLANS en indiquant que "*relativement à la Peine du plus amplement informé en général, qu'il n'en est fait aucune mention dans nos anciennes Loix, quoique l'usage de la prononcer, ainsi que le hors de Cour, soit des plus anciens, comme il fut observé par MM. Les commissaires, lors du Procès Verbal de Conférence de l'Ordonnance de 1670*", MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, p.79.

²⁷⁹ JOUSSE l'indique avec netteté puisqu'il écrit qu'"*il y a plusieurs degrés d'absolutions à l'égard des accusés. Les uns obtiennent, étant absous, des dommages & intérêts ; les autres obtiennent seulement des dépens pour tous dommages & intérêts ; & d'autres sont mis hors de Cour & de procès sur l'accusation sans aucun dommage*", JOUSSE (Daniel), *Traité de la justice criminelle de France*, Tome 1, Partie III, Livre II, Chapitre III, Titre XXV, Section 2, n°83, p.556

jugement qui ordonne la question ou un plus amplement informé, les juges le font parce qu'ils sont convaincus de sa culpabilité sans pour autant en avoir la preuve objective. Un tel contournement des règles fixées par la doctrine a pour conséquence de refuser un droit à l'innocence.

B) Une pratique judiciaire défavorable à l'innocence présumée

En suivant, outre le cadre procédural fixé par l'Ordonnance criminelle de 1670, les règles élaborées par la doctrine sur la preuve pénale, les juges disposaient des moyens certains pour accomplir avec diligence ⁽²⁸⁰⁾ leur office parce que la loi l'imposait dans cette matière ⁽²⁸¹⁾. Or, il faut ici souligner que la correspondance administrative entretenue, en ce début du XVIII^{ème}, par le Chancelier D'AGUESSEAU ⁽²⁸²⁾ avec les différentes juridictions du royaume, révèle que les juges s'affranchissaient d'un système probatoire par trop rigide au profit d'une liberté d'appréciation des indices et des éléments de preuve.

L'importance de cette nombreuse correspondance dont l'autorité demeurait certaine ⁽²⁸³⁾, imposait que les jugements rendus par les Cours et Tribunaux

²⁸⁰ Pierre François MUYART de VOUGLANS écrit qu'il fallait "*éviter le dépérissement des preuves & [...] empêcher que par le retardement de l'instruction & des jugemens des procès criminels, les juges ne laissent languir trop long-temps dans les fers les accusés*" MUYART de VOUGLANS (Pierre-François), *Instruction criminelle suivant les Lois et Ordonnances du Royaume*, p.507.

²⁸¹ *Enjoignons à tous juges, même à nos cours, de travailler à l'expédition des affaires criminelles par préférence à toutes autres*, Article Premier, Titre XXV, Ordonnance de 1670.

²⁸² Henri François d'AGUESSEAU, né à Limoges le 27 novembre 1668, il meurt à Paris le 9 février 1751. Reçu avocat du Roi au Châtelet de Paris, le 29 avril 1690, il sera nommé par Louis XIV, Avocat général au Parlement, le 12 janvier 1691 pour devenir Procureur Général le 19 novembre 1700. Devenu Chancelier le 2 février 1717, après le décès de son prédécesseur VOISIN, il connut une première disgrâce quand les sceaux lui furent retirés en janvier 1718. Le régent prit cette décision à raison de l'opposition que D'AGUESSEAU montra à l'établissement de la banque royale, et plus généralement au système de LAW. L'année 1720 le voit revenir à la cour du Régent après un exil sur ses terres de Fresnes. Les sceaux lui sont alors rendus mais de nouveau ôté pour la seconde fois en 1722. Le Cardinal DUBOIS, alors principal ministre, le renvoyait de nouveau sur ses terres pour une question de préséance au conseil. Il sera de nouveau rappelé en 1727, à ce poste, mais ne pourra récupérer les sceaux qu'en 1737.

ne dérogent pas à la stricte application des règles fixées par la doctrine médiévale et qui organisaient la démonstration de la culpabilité. Ils ne pouvaient être question, pour les juges, de contourner la recherche d'une *preuve pleine et entière* ⁽²⁸⁴⁾ même si la répression qui se maintenait, s'en trouvait néanmoins adoucie.

Le chancelier le rappelle sèchement, dans un courrier du 27 juillet 1739 lorsqu'il écrit de faire "*plus attention aux jugemens que vous rendrez à l'avenir*"⁽²⁸⁵⁾ mais surtout d'avoir "*soin de vous y conformer exactement aux ordonnances et à l'usage*"⁽²⁸⁶⁾. Sur ce point il estime que la condamnation ne peut résulter de la conviction intime des juges ⁽²⁸⁷⁾. Néanmoins, ces positions antagonistes, entre la stricte observance des règles qui organisent la preuve légale d'une part, et d'autre part un éloignement des contraintes qui en découlaient, se rejoignent sur le fait qu'il ne peut être question de relâcher, et même d'absoudre un accusé, quand ils existent des indices importants laissant supposer sa participation au fait criminel. Les divergences entre le Chancelier

²⁸³ Pierre François MUYART de VOUGLANS précise dans ses *Institutes*, s'agissant de l'autorité de ces échanges épistolaires, "*j'ai taché sur-tout de n'élever aucune question qui ne fut tirée du sein même de l'article que je discute, & dont je n'aie sur le champ appuyé la résolution par des principes fondés sur la jurisprudence des arrêts, ou sur l'avis de MM. Les commissaires qui ont présidé à la rédaction de l'Ordonnance, et même sur les décisions particulières de MM. Les chanceliers de PONCHARTRAIN et d'AGUESSAU qui ont été consultés à ce sujet*", MUYART de VOUGLANS (Pierre François), *Institutes au droit criminel. ou Principes généraux sur ces matières, suivant le droit civil, canonique et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, Préface, p.viiij.

²⁸⁴ "*Les juges ne doivent donc recevoir la vérité même, quel qu'éclatante qu'elle paraisse, que des mains de la loi et dans les formes qu'elle a établies*", *Œuvres choisies du Chancelier d'Aguesseau*, Paris, 1819, Vol 5, p. 436, note 1.

²⁸⁵ *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Paris, 1819, Vol 11, p. 349.

²⁸⁶ *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 11, p.349.

²⁸⁷ "*Parmi les règles qu'on est obligé de suivre dans les matières criminelles, surtout lorsqu'il s'agit de la vie et de l'honneur des hommes, la première et la plus essentielle, est qu'il ne peut jamais être permis de condamner des accusés sans preuves légitimes et portées jusqu'à la conviction*", *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 5, p. 434, il précisera plus loin que "*jamais un degré plus ou moins grand de probabilité [...] ne peut servir de base à une condamnation, et surtout à une condamnation capitale*", *ibidem*, p. 456.

et ses juges sur la façon dont il convient d'appliquer les règles de la preuve légale sont sans effet sur la reconnaissance d'un droit à l'innocence.

Au demeurant, Henri François D'AGUESSAU le confirme, dans un court écrit, intitulé *Fragment sur les preuves en matières criminelles*. Il précise, en effet, qu'il convient de "*prendre toutes les voies que les règles de l'ordre public autorisent pour découvrir pleinement la vérité*"⁽²⁸⁸⁾, qu'il s'agisse de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Plus précisément, le juge doit examiner toutes les possibilités, mettre en œuvre tous les moyens intellectuels pour parvenir à une décision qui soit conforme à la loi. Il n'y a donc pas de place pour le doute. L'attitude contraire des Cours et des juridictions inférieures qui se contentent de condamner sur des indices violents demeurent, et ce, comme le souligne la doctrine⁽²⁸⁹⁾.

Celui-ci le relève, dans une lettre du 4 janvier 1739, puisqu'il s'étonne "*de l'usage dans lequel vous m'avez marqué de déclarer atteints et convaincus de crimes dont la preuve n'est pas complète et de le condamner en même temps à quelques peines*"⁽²⁹⁰⁾. Selon lui, il s'agit d'"*un abus qu'on ne peut tolérer, et auquel j'aurais soin d'y remédier*"⁽²⁹¹⁾. Certes, si celle-ci ne donne aucune indication sur les raisons qui conduisirent les juges à se décider ainsi, on peut cependant considérer que le jugement de condamnation n'a été rendu que parce qu'ils étaient intimement convaincus. La culpabilité pouvait donc résulter d'une preuve imparfaite. Ce faisant, ils refusaient alors à l'accusé non seulement de bénéficier des conséquences d'une preuve incertaine, mais aussi du doute que les juges pouvaient rencontrer. La décision se déclinait sur le

²⁸⁸ *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 5, p. 436.

²⁸⁹ SERPILLON note en effet qu'*il est même d'usage dans les Cours que lorsque les preuves sont fortes, & cependant insuffisantes pour condamner au dernier supplice, tel que le mériterait le crime, si la preuve étoit complète ; on condamne le coupable aux galères ou aux autres peine moindres que la mort, afin de purger la Société d'un membre qui ne pourroit que la troubler*", SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, Titre XXV, Article XII, p.322, n°13.

²⁹⁰ *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 11, p.626.

²⁹¹ *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 11, p.626.

seul mode répressif, c'est-à-dire sur la nécessité de condamner. Ces jugements, fondés sur l'intime conviction, bien qu'ils constituent une pratique habituelle reconnue par la doctrine (²⁹²), se révélaient comme contraires au double mécanisme de l'Ordonnance criminelle de 1670 et de la preuve légale qui lui était consubstantielle.

Ce mouvement continu montre ainsi l'inadéquation entre l'application rigoureuse du système de la preuve légale et la nécessité de poursuivre et de réprimer, au plus vite, le fait criminel. Il aboutissait à orienter la décision des juges vers la condamnation, alors que l'application stricte d'un système probatoire, rigidifié dans son mécanisme, l'en aurait empêché. Les tribunaux, par leur pratique, avaient progressivement altéré l'efficacité de la preuve légale, par la création de mécanismes décisionnels multiformes qui ignoraient de fait le droit à l'innocence. En se libérant des multiples déclinaisons sur les indices et présomptions qui permettaient de construire une *preuve pleine et entière*, plus précisément en démantelant l'ordonnancement théorique et savant des preuves, les juges consacraient de fait une présomption de culpabilité, puisqu'ils s'autorisaient à condamner à une peine moindre sur des soupçons en refusant de reconnaître fictivement le principe d'une innocence supposée.

Pour autant, le Chancelier D'AGUESSEAU qui maintenait une orthodoxie procédurale et probatoire (²⁹³) ne reconnaît pas pour autant l'existence d'un droit à

²⁹² SERPILLON, rappelant le principe de la *réserve des preuves* prévue par l'article 2 du Titre XIX de l'Ordonnance criminelle de 1670, précise que "*lorsque le crime mérite la mort, les Juges peuvent condamner à une peine moindre, si la preuve n'est pas complète. M. Jousse, qui est de ce sentiment, sur l'article 2 du Titre XIX, dit avec raison, que c'est aussi celui de la plus grande partie des auteurs*", SERPILLON (François), *Code criminel ou commentaire de l'Ordonnance de 1670*, Vol 2, Titre XXV, Article XII, p.322-323, n°13.

²⁹³ Dans une lettre du 24 mai 1739 il écrit "*la vie des hommes est trop précieuse pour la leur faire perdre si légèrement, et vous devez prévenir, par une conduite plus régulière, les effets du mécontentement du roi*", D'AGUESSEAU (Henri-François), *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, vol 11, p.346. De même, dans une autre lettre du 19 décembre 1739, précise-t-il, sur un ton cinglant, aux magistrats "*Faites attention à toutes ces observations qui sont importantes, et soyez plus circonspect dans les condamnations que vous prononcerez à l'avenir en matière criminelle, surtout en dernier ressort*", *ibidem*, vol 11, p. 352.

l'innocence. Il affirme toujours ce principe suivant lequel lorsque "*la preuve d'un crime est complète ou ne l'est pas : dans le premier cas il n'est pas dit que l'on doit prononcer la peine portée par les ordonnances mais dans le dernier des cas, il est aussi certain que l'on ne doit prononcer aucune peine et qu'on ne peut ordonner que la question ou un plus amplement informé*"⁽²⁹⁴⁾. Le doute ne doit pas être utilisé par les juges même s'il permet, grâce à une construction intellectuelle, de parvenir à une certitude juridique non objectivement démontré suivant les canons de la doctrine, et par la même de prononcer une peine réduite sur une preuve imparfaite.

La résistance des juridictions ⁽²⁹⁵⁾ l'amène à devoir confirmer, la nécessité d'une *preuve pleine et entière*, dans une lettre du 27 Juillet 1739. Il écrit que "*lorsque la preuve d'un crime n'est pas complète, il est certain qu'on ne doit prononcer autre chose qu'un plus amplement informé, ordonner que les accusés seront appliqués à la question suivant la nature des crimes et le genre des preuves, aussi puisque vous n'avez pas trouvé la femme de... &...suffisamment et convaincu d'avoir commis les crimes dont ils étaient accusés et que vous vouliez les déclarer seulement suspects de les avoir commis, vous ne deviez point les condamner au bannissement*"⁽²⁹⁶⁾. Ces correspondances, aussi directives soient-elles, montrent que si le système de la preuve légale se trouve moribond ⁽²⁹⁷⁾, il ne crée pas les conditions procédurales

²⁹⁴ D'AGUESSEAU (Henri-François), *Œuvres complètes du chancelier D'Aguesseau*, Vol 11, p. 626.

²⁹⁵ Comme il l'indique dans une lettre du 3 juillet 1739, "*J'ai appris que vous avez rendu le 29 mai 1738 & 29 janvier dernier, deux jugements l'un présidial & l'autre prévôtal par lequel en déclarant ... atteints & convaincus de vols commis sur les grands chemins, vous les avez seulement condamné aux galères ; ils méritoient suivant les Ordonnances d'être condamnés à la roue, s'ils étoient véritablement convaincus de ces crimes & s'ils ne l'étoient pas ils ne devoient pas même être condamnés aux galères. Vous aurez donc soin s'il vous plait de m'informer des motifs que peut avoir eu un jugement qui paroît si extraordinaire & de me faire savoir pourquoi vous n'avez pas mieux profité de la lettre que j'écrivis au Prévôt général de la Maréchaussée de..... le 4 janvier dernier*" D'AGUESSEAU (Henri-François), *Œuvres complètes du Chancelier D'Aguesseau*, vol 11, p. 348.

²⁹⁶ *Œuvres complètes du Chancelier d'Aguesseau*, Vol 11, p. 349.

²⁹⁷ C'est ce que souligne François Denis TRONCHET lors des discussions qui précédèrent le vote de la loi des 16-29 septembre 1791. Devant les Constituants il précise que "*la doctrine des preuves légales n'a plus guère de partisans. On aurait du dire qu'elle n'en a jamais eu dans la pratique des tribunaux, parce qu'il n'a jamais existé, ni pu exister des preuves légales.[...] ce que je sais, c'est qu'aucun juge éclairé ne se déterminait par ses absurdités. Ce que je sais, c'est qu'il n'a jamais existé des preuves légales qui aient pu*

d'une innocence présumée. Que son application en soit assouplie, au moyen d'une modération dans la répression, ou maintenu par le prononcer des peines intermédiaires du *Plus amplement informé*, du *Hors de cour* voire même de la question, le droit à l'innocence ne peut exister parce que les mœurs judiciaires hésitent à relâcher un accusé fortement indicié. Ceci confirme ainsi l'usage permanent de l'intime conviction. En habillant objectivement les indices ou présomptions dont ils examinent personnellement la valeur et l'interaction, les juges, qui disposent ainsi d'une plus grande liberté pour apprécier la culpabilité, ignorent le droit à une innocence supposée. Condamné à une peine moindre, l'accusé ne tire aucun avantage du fait que l'accusation ne puisse démontrer objectivement la culpabilité de l'accusé.

Indépendamment du rappel à l'ordre que constitue la correspondance du chancelier D'AGUESSAU, son intérêt consiste aussi à mettre en évidence que le sort procédural de l'accusé ignore le droit à une innocence supposée. La résolution du doute qui naît après le dernier interrogatoire de l'accusé, c'est-à-dire la réponse judiciaire que les juges vont adopter ne profite aucunement à l'accusé. Qu'elle soit encadrée, suivant les mesures fixées par l'Ordonnance criminelle de 1670, ou qu'elle soit libérée suivant une pratique judiciaire constante, la décision qui clôt les débats ne favorise aucunement l'émergence d'un droit à une innocence supposée. L'accusé, même si la *preuve pleine et entière* n'est pas rapportée, sera maintenu dans les liens de la prévention. Cette situation, emblématique d'une atmosphère judiciaire qui stigmatise l'accusé au détriment du sort procédural qui devrait lui être réservé, ne manquera de provoquer, parmi les milieux éclairés de cette société de l'Ancien Régime, des critiques certaines, point de départ d'une réflexion nouvelle sur une autre justice criminelle.

lier la conscience du juge. Il aurait fallu pour cela qu'il eût existé une loi qui eût dit au juge : vous condamnerez un accusé nécessairement en tel cas. Il n'a jamais existé de loi pareille. Aucune loi ne prescrivait au juge une règle fixe, et n'avait établi en principe une mesure de preuve légale. La loi avait senti que le juge ne devait avoir d'autre règle que la conscience et la rectitude de son jugement ", A.P., 1^{ère} série, t.22, Séance du 5 janvier 1791, p.35.